

FABIANO HOLZ BESERRA

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DA MORALIDADE NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Curso de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor José Maria Rosa Tesheiner.

PORTO ALEGRE - 2008

Dados Internacionais da Catalogação na Publicação (CIP)

B554a Beserra, Fabiano Holz

A Ação Civil Pública e a Tutela da Moralidade nas Relações de Trabalho na Administração Pública / Fabiano Holz Beserra. -- Porto Alegre : 2008.
162 p.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008.
Orientação: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

1. Administração Pública 2. Administração de Recursos Humanos 3. Moralidade 4. Relação de Trabalho
5. Ação Civil Pública I. Título II. Tesheiner, José Maria Rosa

CDU 35.08:347.922

Ficha de Catalogação elaborada pela Bibliotecária Sachi Brasileira Makino,
CRB 10/1133

RESUMO

A prática tem revelado graves distorções nas relações de trabalho estabelecidas na administração pública brasileira, violando o princípio da moralidade. As conseqüências principais vão desde o desrespeito à exigência constitucional de concurso público e a precarização das relações de trabalho, até a formação de um elevado passivo judicial, causando grave prejuízo ao erário. Para ser um instrumento efetivo, a ação civil pública deve se adaptar ao objeto tutelado, adequando o processo e o procedimento às exigências do direito material. Entre outras implicações, é necessário, ao lado das medidas a serem tomadas perante o ente administrativo, responsabilizar o gestor público, sob pena de ineficácia da tutela judicial. Assim, a ação civil pública será um instrumento efetivo para a tutela da moralidade nas relações de trabalho na administração pública.

Palavras-chave: administração pública – moralidade – relações de trabalho – ação civil pública - efetividade.

ABSTRACT

Practice has been revealing serious distortions in work relations established within Brazilian public administration, thus exposing violations against the morality principle prescribed in the Brazilian Constitution. The main consequences range from the disrespect to the constitutional demand of previous official examination before working in a public job, the deterioration of work relations and to the substantial increase of lawsuits proposed against Brazilian Government, causing enormous damages to the treasury. In order to be an effective instrument, the Brazilian Class Action must adapt itself to the object being protected in the lawsuit, in this manner adapting process and procedure to the demands of what is established in Brazilian Law. Among other relevant implications is necessary to ascribe legal responsibility to the public manager at the same time that legal actions are being taken against the public institution in order to avoid inefficacy of judicial protection. Therefore the Brazilian Class Action will be an effective instrument for the protection of the morality principle in work relations established within public administration.

Key words: public administration – morality – work relations – Brazilian Class Action – effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 RELAÇÕES DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

| | |
|--|----|
| 1.1 Administração pública como aparelho para a execução de políticas públicas..... | 15 |
| 1.2 Governo e administração..... | 17 |
| 1.3 Relações de trabalho na administração pública..... | 20 |
| 1.4 Exigência constitucional de concurso público..... | 25 |
| 1.5 Desvirtuamento nas relações de trabalho na administração pública... | 29 |
| 1.5.1 Contratação direta de empregados sem concurso público..... | 30 |
| 1.5.2 Terceirizações ilícitas..... | 31 |
| 1.6.2.1 Terceirização ilícita mediante contratação de falsas cooperativas..... | 34 |
| 1.5.3 Desvirtuamento dos contratos temporários..... | 36 |
| 1.5.4 Desvirtuamento dos cargos em comissão..... | 40 |
| 1.5.5 Desvirtuamento do contrato de estágio..... | 41 |
| 1.6 Conseqüências do desvirtuamento das relações de trabalho na administração pública..... | 43 |

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

| | |
|--|----|
| 2.1 A administração pública como sujeito passivo dos atos de improbidade nas relações de trabalho..... | 48 |
| 2.2 Moralidade administrativa e improbidade..... | 50 |
| 2.3 Sujeito ativo dos atos de improbidade nas relações de trabalho..... | 51 |
| 2.4 Atos de improbidade administrativa..... | 57 |
| 2.5 Suposto caráter aberto da definição legal dos atos de improbidade administrativa..... | 57 |
| 2.6 Lesividade da conduta..... | 59 |
| 2.7 Elemento subjetivo..... | 59 |
| 2.8 Atos de improbidade em espécie..... | 60 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 2.8.1 | Enriquecimento ilícito..... | 60 |
| 2.8.2 | Prejuízo ao erário..... | 63 |
| 2.8.3 | Violação dos princípios da administração pública..... | 65 |
| 2.9 | Punição dos atos de improbidade administrativa..... | 66 |
| 2.9.1 | Natureza jurídica e espécies de sanções punitivas..... | 67 |
| 2.9.2 | Aplicação das sanções..... | 68 |
| 3 | A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DA MORALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | |
| 3.1 | A tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa como interesses difusos..... | 70 |
| 3.1.1 | Evolução histórica e panorama do direito comparado..... | 70 |
| 3.1.2 | Instrumentalidade do processo, adaptação ao objeto tutelado e efetividade da tutela jurisdicional..... | 76 |
| 3.2 | Espécies de provimentos necessários para a tutela das relações de trabalho na administração pública..... | 81 |
| 3.2.1 | Classificação das ações e panorama atual do direito positivo.... | 81 |
| 3.2.2 | Universalidade dos instrumentos admissíveis para a tutela dos direitos transindividuais..... | 84 |
| 3.2.3 | A prática da tutela da moralidade nas relações de trabalho na administração pública..... | 85 |
| 3.2.4 | Tutelas inibitória, antecipatória e específica..... | 89 |
| 3.2.5 | A ineficiência da imposição de <i>astreintes</i> contra a administração pública e necessidade de coerção pessoal do administrador..... | 92 |
| 3.3 | Tutela repressiva..... | 95 |
| 3.3.1 | A insuficiência das tutelas preventivas e reparatórias e a conseqüente necessidade da tutela repressiva..... | 95 |
| 3.3.2 | Ação civil pública como instrumento adequado para a aplicação de sanções pela prática de atos de improbidade administrativa..... | 97 |
| 3.3.3 | Possibilidade de cumulação dos pedidos de condenação nas sanções de improbidade administrativa na ação civil pública..... | 100 |

| | |
|---|-----|
| 3.4 Legitimidade..... | 105 |
| 3.4.1 Ativa..... | 105 |
| 3.4.1.1 Ministério Público..... | 106 |
| 3.4.1.2 Administração pública direta e indireta..... | 107 |
| 3.4.1.3 Associações..... | 110 |
| 3.4.1.4 Defensoria Pública..... | 112 |
| 3.4.2 Passiva..... | 113 |
| 3.4.2.1 Administração pública direta e indireta..... | 114 |
| 3.4.2.2 Pessoa jurídica contratada..... | 115 |
| 3.4.2.3 Administrador público..... | 115 |
| 3.4.2.3.a Como réu por ato de improbidade..... | 115 |
| 3.4.2.3.b Como responsável pelo ressarcimento do erário..... | 117 |
| 3.4.2.4 Trabalhadores..... | 121 |
| 3.4.3 Intervenção de terceiros..... | 126 |
| 3.5 Competência..... | 128 |
| 3.5.1 Critérios para a definição do ramo do Poder Judiciário Competente..... | 128 |
| 3.5.2 Configuração constitucional da competência da Justiça do Trabalho..... | 129 |
| 3.5.3 Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações atribuídas ao Ministério Público do Trabalho..... | 137 |
| 3.5.4 Competência da Justiça do Trabalho quando o ente público adota o regime celetista..... | 139 |
| 3.5.5 Competência territorial e funcional..... | 140 |
| 3.6 Questões procedimentais..... | 144 |
| 3.6.1 Rito aplicável..... | 144 |
| 3.6.2 Fase probatória..... | 146 |
| 3.7. Coisa julgada..... | 149 |
| 3.7.1 Limites subjetivos..... | 151 |
| 3.7.2 Coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> | 154 |

CONCLUSÕES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

A presente obra parte da constatação de que há graves distorções nas relações de trabalho estabelecidas na administração pública brasileira. Em decorrência do princípio da legalidade, que só lhe permite fazer o autorizado pelo ordenamento jurídico, suas relações de trabalho são típicas. Assim, é possível fazer um paralelo entre as modalidades lícitas e as formas mais comuns de desvirtuamento (relações de trabalho ilícitas). É disso que trata a primeira parte da dissertação.

A adoção da expressão *moralidade* decorre de sua grande significação, no sentido dar destaque à exigência de que os atos administrativos obedeçam, além da legalidade estrita, a um conteúdo ético. Ademais, está associada à constatação de que grande parte dos desvirtuamentos ocorridos nas relações de trabalho na administração pública está mascarada com a aparência de legalidade.

Na segunda parte, são estabelecidas as conexões entre tais práticas ilegais (formas mais comuns de desvirtuamento das relações de trabalho na administração pública) e a configuração de atos de improbidade administrativa. Para tanto, são examinados, sempre sob a ótica do tema, os sujeitos e, a seguir, as espécies de atos de improbidade. Este último tópico traz particularidades, especialmente no que se refere à caracterização do prejuízo ao erário e à atribuição do ônus da prova da sua ocorrência.

São abordadas, ainda, outras questões fundamentais, como a tipicidade legal, a lesividade da conduta e o elemento subjetivo, também com foco nas particularidades da tutela da moralidade nas relações de trabalho na administração pública. Ao final, a aplicação de sanções aos atos de improbidade é examinada levando-se em consideração os limites genericamente impostos ao exercício do *jus puniendi* estatal, advogando-se, porém, uma posição não extremada, que não admite equiparação ao Direito Criminal.

A terceira parte, por seu turno, trata da ação civil pública como instrumento para combater as relações de trabalho ilegais na administração pública, suas conseqüências, e punir os responsáveis.

Após um panorama da evolução histórica e do direito comparado, adota-se um modelo teórico pautado pela instrumentalidade do processo, visando à efetividade da tutela jurisdicional. Busca-se, então, catalogar, sem caráter exaustivo, a amplitude de instrumentos que o processo coletivo brasileiro disponibiliza, demonstrando a sua aplicação prática na tutela da moralidade nas relações de trabalho na administração pública.

Ainda dentro dessa conexão específica com o tema, procura-se demonstrar a ineficiência da imposição de *astreintes* contra administração pública, bem como a insuficiência das tutelas preventiva e reparatória, defendendo a necessidade de uma tutela repressiva, consubstanciada na punição dos atos de improbidade administrativa.

É propugnada, especialmente, a responsabilidade pessoal do administrador público, tanto pela prática de atos ímprobos como pelos prejuízos que sua gestão causou ao erário. Nesse contexto, e invocando novamente uma idéia de instrumentalidade do processo, propõe-se a adaptação da ação civil pública ao objeto tutelado, possibilitando o litisconsórcio passivo facultativo entre o ente público e o administrador (cumulação subjetiva), para permitir desde logo a definição da responsabilidade deste último pelo dano patrimonial e, se for o caso, a aplicação das punições pelo ato de improbidade administrativa (cumulação objetiva).

São enfocadas, ainda, outras questões fundamentais que o tema suscita, como a competência em razão da matéria e a competência territorial. Examina-se, ainda, a legitimação para a causa, com especial ênfase na possibilidade de participação dos trabalhadores no processo, bem como particularidades relativas a questões procedimentais.

Por fim, são apresentadas quinze assertivas básicas que procuram sintetizar as principais conclusões extraídas do enfrentamento das questões centrais suscitadas pelo tema.

CONCLUSÕES

1. A expressão moralidade é carregada de significação, enfatizando a exigência de que os atos administrativos obedeçam, além da legalidade estrita, um conteúdo ético. Mais do que isso, expressa a consciência de que grande parte dos desvirtuamentos (atos ilícitos) ocorridos nas relações de trabalho na administração pública está mascarada com a aparência de legalidade. Nesse sentido, justifica-se o emprego da expressão moralidade administrava como o padrão de conduta que deve reger a gestão pública e, em especial, as relações de trabalho na administração pública.

2. Em decorrência do princípio da legalidade, que rege toda a administração pública, no sentido de que só lhe é permitido fazer o autorizado pelo ordenamento jurídico, as suas relações de trabalho são típicas. A regra é a exigência inafastável de concurso público para a investidura nos cargos e empregos públicos, aplicável à administração direta e indireta de todos os poderes da federação, ressalvados os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, e a contratação temporária, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. A terceirização, por seu turno, somente é permitida para a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Não é lícita a contratação de trabalhadores por empresa interposta.

3. A não-adoção das modalidades típicas de relação de trabalho, bem como o seu desvirtuamento, é uma prática freqüente na administração pública brasileira, sendo possível a identificação dos casos-tipo mais comuns, que são a contratação direta empregados sem concurso público, as terceirizações ilícitas, incluindo a contratação de falsas cooperativas, e o desvirtuamento dos contratos temporários, dos cargos em comissão e do contrato de estágio.

4. A consequência automática do desvirtuamento das relações de trabalho é a configuração da relação de emprego. No que tange à administração pública, diante ausência da formalidade essencial do concurso público, esse vínculo é nulo, gerando efeitos restritos, relacionados com a proteção do trabalhador durante o período em que houve prestação de serviços, em virtude da impossibilidade de devolução da força de trabalho, conforme a teoria particular das

nulidades vigente no campo do direito laboral.

5. Pode-se fazer uma distinção entre legalidade estrita, que se configura na obediência formal da lei, e legalidade num sentido amplo, que abrangem uma série exigências extras, dentre as quais a obediência da moralidade administrativa. Ato de improbidade administrativa, por sua vez, é uma espécie de ato ilícito, de natureza não criminal, definido tipicamente e sancionado nos termos da Lei nº 8.429/92.

6. A improbidade no âmbito das relações de trabalho na administração pública está relacionada à burla da exigência constitucional de concurso público e com a realização de terceirizações ilícitas. Pode restar configurada em todas as modalidades legais, ou seja, com o enriquecimento ilícito do agente, com o prejuízo ao erário e com a violação dos princípios que regem a administração pública. Havendo condenação judicial da fazenda pública pelo desvirtuamento das suas relações de trabalho, o prejuízo é presumido.

7. A tutela da moralidade nas relações de trabalho é a proteção de interesses difusos relacionados com a defesa do patrimônio público, cuja expressão material é o erário, e da probidade na administração. No processo coletivo brasileiro, destinado à tutela dos direitos transindividuais, é permitida a utilização da universalidade de instrumentos processuais existentes. Tal conclusão decorre do disposto no art. 21 da LACP e no art. 83 do CDC, bem como da previsão de aplicação subsidiária do CPC. Esse amplo leque de ações posto por lei à disposição da tutela dos direitos transindividuais justifica, inclusive, a cumulação de pedido de condenação do administrador responsável nas penas previstas na lei de improbidade administrativa.

8. Nas demandas movidas contra a administração pública a imposição de multa periódica (*astreintes*) para a coerção ao cumprimento de decisões judiciais não costuma alcançar o efeito desejado. Como o patrimônio é público, os efeitos pecuniários não são sentidos diretamente por aqueles de detêm o poder de comando. Além disso, a responsabilidade a que estão sujeitos depende de uma série de procedimentos que a torna menos presente como elemento psicológico de coerção. O próprio mecanismo de cobrança das *astreintes*, que dependem do trânsito em julgado da decisão a ser cumprida, colabora para tanto. Na prática, as multas impostas em ações civis públicas têm alcançado cifras

milionárias, ao ponto de se tornarem impagáveis. Não faz sentido destinar esse numerário para um determinado fundo, deixando os serviços públicos essenciais prejudicados. A única solução que se apresenta é a responsabilização do gestor público, sob pena de ineficácia prática dos provimentos judiciais.

9. A insuficiência, do ponto de vista da instrumentalidade do processo (meio para a realização do direito material), das tutelas preventivas e reparatórias, reclama a utilização da tutela repressiva (sancionatória), que é a pedra de toque da ação de improbidade, como instrumento de proteção da moralidade no âmbito das relações de trabalho na administração pública.

10. A ação civil pública é o instrumento adequado para a aplicação de sanções pela prática de atos de improbidade administrativa, pois está sendo tutelado o interesse difuso relacionado com a defesa do patrimônio público e da probidade na administração. Essa demanda contra o agente público responsável pode ser cumulada com os diversos provimentos dirigidos ao ente público, desde que obedecidas as regras previstas nos parágrafos 6º a 11 do art. 17 da Lei nº 8.429/92. De outra parte, pode o administrador responsável pela contratação ilegal figurar no pólo passivo da ação civil pública e, ao final, ter sua responsabilidade pelo ressarcimento do dano ao erário determinada pela sentença. A cumulação e o litisconsórcio, contudo, não são necessários. Cabe ao autor da demanda decidir se, como estratégia de atuação processual para a melhor defesa do interesse tutelado, deve cumular tais demandas.

11. Nas ações versando sobre contratações ilegais, não há litisconsórcio necessário com os trabalhadores contratados. Da mesma forma, não estão eles autorizados a intervir como terceiros interessados, tampouco estão legitimados a ajuizar ação rescisória e a interpor recursos nessa condição. Os institutos do processo individual devem se adaptar ao processo coletivo, em que a coisa julgada é *erga omnes*, inclusive sob pena de inviabilizar a própria tutela do interesse difuso em questão. É cabível, todavia, analogicamente ao que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, a figura do *amicus curiae* prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

12. Havendo desvirtuamento das relações de trabalho formalmente reguladas pelo direito administrativo, a consequência imediata é o reconhecimento da relação de emprego. Embora nulo e com a geração de efeitos limitados, esse

vínculo constitui-se na causa de pedir que atrai a competência em razão da matéria para a Justiça do Trabalho.

13. Como argumento adicional, aparece a competência da justiça laboral para o julgamento das demandas individuais ajuizadas com esse fundamento, sendo que o Supremo Tribunal Federal tem eleito, como critério para decidir os conflitos de competência, a fim de evitar julgamentos conflitantes, o denominado “princípio da unidade da convicção”, segundo a qual o mesmo fato, quando tiver de ser analisado mais de uma vez, deve sê-lo pela mesma justiça. Por fim, a Emenda Constitucional nº 45/2005, com seus contornos políticos e ideológicos, no sentido de atribuir um papel central da justiça especializada no mundo do trabalho, reafirmando suas competências controvertidas e permitindo-lhe solucionar uma amplitude de questões que, anteriormente, apenas de forma incidental eram apreciadas, veio a consolidar esse entendimento.

14. Caso o ente público adote o regime celetista, as questões a ele conexas, como o atendimento da formalidade essencial para o acesso ao emprego público (concurso), são incontrovertidamente de competência da Justiça do Trabalho.

15. No que tange à competência territorial e funcional, como regra, o foro competente será o da sede da pessoa jurídica integrante da administração pública, que é o centro de decisões de onde emanou a diretriz ilícita de gestão de pessoal que está sendo executada em todo o território por ela abrangido. Esse entendimento também se coaduna com a idéia de responsabilizar o administrador público que tomou a decisão ilegal. Situação diversa, porém, é aquela em que o poder decisório é transferido para o âmbito local, como no caso da descentralização dos contratos administrativos (terceirização ilícita), em que o foro competente será o correspondente à unidade local.